

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

LETICIA ESTEVES DE ALMEIDA REIS

**A REPERCUSSÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO PROCESSO
PENAL – FORÇA DOS PRECEDENTES VINCULATIVOS.**

**Juiz de Fora
2017**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

LETICIA ESTEVES DE ALMEIDA REIS

**A REPERCUSSÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO PROCESSO
PENAL – FORÇA DOS PRECEDENTES VINCULATIVOS.**

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Processual Penal sob orientação do Prof.(a) Dr.(a) Cristiano Álvares Valladares do Lago.

**Juiz de Fora
2017**

FOLHA DE APROVAÇÃO**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO****LETICIA ESTEVES DE ALMEIDA REIS****A REPERCUSSÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO PROCESSO
PENAL – FORÇA DOS PRECEDENTES VINCULATIVOS.**

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Processual Penal submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Me. Cristiano Álvares Valladares do Lago
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof . Me. Leandro Oliveira Silva
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 24 de novembro de 2017

AGRADECIMENTO

A Deus e à Virgem Maria, por caminharem junto comigo durante toda essa jornada, me dando força, saúde e perseverança para alcançar meus objetivos.

A meus pais, que sempre me apoiaram e se fizeram presentes nos momentos de alegria e também nos de tristeza, não me deixando titubear frente às dificuldades e me ensinando o valor de garantir conhecimento através de uma formação de qualidade.

À instituição de ensino da Universidade Federal de Juiz de Fora, em especial à Faculdade de Direito, que me proporcionou um ensino de alta qualidade com recursos disponíveis para o aperfeiçoamento da minha vida acadêmica, dos quais pude usufruir sem restrições.

A meu orientador, professor Cristiano Álvares Valladares do Lago, por toda sua paciência, estímulo e compreensão nessa árdua tarefa de realização de uma monografia a altura da instituição da qual faço parte.

A meus professores durante a graduação, em especial aos professores Leandro de Oliveira Silva e Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes, que me apresentaram o direito penal e me fizeram, desde o primeiro momento, me apaixonar por essa disciplina, buscando que o direito positivado seja efetivamente empregado no meio prático, através de uma correta vinculação entre teoria e realidade enfrentada em nosso país, bem como ao professor Márcio Faria, que se mostrou generoso e atencioso quando a ele recorri, em busca de trabalhos científicos relacionados a atual conjuntura de precedentes judiciais.

A todos meus familiares e amigos, que apoiaram e incentivaram meu crescimento acadêmico, fazendo-me buscar por uma formação de qualidade não só para aplicação no âmbito de conhecimento jurídico-acadêmico, mas também para atuar como parte integrante de uma sociedade dinâmica e plural, carente de melhores interpretações quanto às relações e aplicações da norma positivada.

“Agir, eis a inteligência verdadeira. Serei o que quiser. Mas tenho que querer o que for. O êxito está em ter êxito, e não em ter condições de êxito. Condições de palácio tem qualquer terra larga, mas onde estará o palácio se não o fizerem ali?”

Fernando Pessoa

RESUMO

Com a chegada do novo Código de Processo Civil ocorreu uma maior aproximação, já anteriormente notada de forma mais singela, entre as tradições do *civil law* e *common law* no ordenamento brasileiro. Tal transformação vem ocorrendo em todo mundo, devido à dinamização e globalização da sociedade atual, cujos anseios demonstram a necessidade de uma formação mais híbrida para aumentar as garantias de direito. A força dos precedentes nada mais é do que uma demonstração da referida evolução global, que chega em nosso país para aumentar a segurança jurídica das decisões e conferir maior celeridade ao processo, permitindo uma atuação mais ativa do judiciário na busca de uma aplicação das normas de maneira uniforme por todo ordenamento. Entretanto é preciso observar as peculiaridades por trás desse novo modelo, para não correr o risco de o mesmo ser interpretado de forma errônea, principalmente ao tratar de matérias cuja legalidade estrita é fundamento regente, como é o caso do direito penal e processual penal.

Palavras-chave: Precedentes Vinculantes. Novo Código de Processo Civil. Código de Processo Penal. *Civil law*. *Common law*. Fundamentação das decisões.

ABSTRACT

With the arrival of the new Code of Civil Procedure, there was a greater approximation, previously mentioned in a simpler way, between the traditions of civil and common law in the Brazilian order. Such transformation has been taking place all over the world, due to the dynamism and globalization of today's society, whose yearnings demonstrate the need for a more hybrid formation to increase the guarantees of law. The strength of the precedents is nothing more than a demonstration of this global evolution, which arrives in our country to increase the legal certainty of decisions and speed the process, allowing more active action by the judiciary in the search for an application of the norms of uniform manner throughout. However, it is necessary to observe the peculiarities behind this new model, so as not to run the risk of being misinterpreted, especially when dealing with matters whose strict legality is the regent's foundation, as in the case of criminal and procedural law.

Keywords: Binding Precedents. New Code of Civil Procedure. Code of Criminal Procedure. Civil law. Common law. Rationale for decisions.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 A FORÇA TRAZIDA PELOS PRECEDENTES NO PROCESSO CIVIL	10
1.1 Origem dos precedentes no contexto de formação da sociedade	10
1.2 A falsa crença da ruptura entre o CPC/73 e o CPC/15 com a vinda dos precedentes	12
1.3 As novidades e mudanças trazidas pelo CPC/15	14
2 DIREITO COMPARADO – PRECEDENTES NO MODELO NORTE-AMERICANO	18
2.1 A construção histórica dos precedentes vinculantes nos EUA	18
2.2 Aplicação: como se dá a diferenciação entre as cortes norte-americanas	19
2.3 Análise comparativa entre fundamentos norte-americanos e o atual sistema nacional	21
3 OS PRECEDENTES NO PROCESSO PENAL	23
3.1 Lacuna jurídica – CPC com aplicação suplementar ao CPP	23
3.2 A força vinculativa dos precedentes no modelo garantista do direito penal	26
3.3 Divergências de aplicação entre processo civil e processo penal	28
4 O IMPACTO DOS PRECEDENTES VINCULATIVOS NO PROCESSO PENAL	31
4.1 Aplicação dos precedentes pelo jurisdicionado brasileiro	31
4.2 Problemas da eficácia do efeito vinculante	34
4.3 Necessidade de enfrentamento do tema pelo processo penal	36
CONCLUSÃO	38
REFERÊNCIAS	39

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar a força dos precedentes vinculantes trazida da tradição anglo-saxã do *common law* e agregada ao ordenamento brasileiro com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), instituído pela Lei 13.105 de 16 de março de 2015, cuja intenção é adaptar o direito nacional às novas pretensões sociais de um mundo mais pluralizado e dinâmico.

A aproximação do direito pátrio, pautado em ideias de *civil law* advindos da Revolução Francesa, às ideias do *common law* não ocorreu repentinamente, uma vez que desde a promulgação da Constituição de 1988, percebeu-se uma maior abertura a tal sistema, imputando ao judiciário novas possibilidades de interpretação da norma, que tornou-se mais ampla para garantir uma real universalização dos direitos em um Estado Democrático.

Ocorre que, para além disso, a força que se vem atribuindo ao judiciário pela própria sociedade, descrente dos poderes legislativo e executivo, contribui significativamente para a força dos precedentes vinculantes, visto que enxerga-se no jurisdicionado uma grande expectativa de cumprimento das garantias e princípios fundamentais atribuídos ao povo.

Todavia, apresentar-se-á, no decorrer do trabalho, a necessidade de um olhar de cautela ao se entregar tais poderes ao judiciário, visto que, no modelo atual, tal órgão tem utilizado da prerrogativa de seu livre convencimento motivado para justificar a ocorrência de decisões totalmente disformes, sem qualquer estabilidade de julgamento entres instâncias e até mesmo dentro do mesmo grau de jurisdição.

Nesse ponto, em especial, observa-se que, com a chegada de precedentes vinculantes, o jurisdicionado se veria obrigado a seguir posicionamentos preestabelecidos pelos órgãos superiores, tendo esses a função de ordenar o sistema de precedentes, respeitando as peculiaridades e normas estipuladas na criação de vinculação das decisões, tal como ocorre no sistema norte-americano, seguindo-se a lógica das *stare decisis*.

Ao trazer a discussão da aplicação dos precedentes vinculantes já melhor estabelecidos no âmbito civil para a matéria penal e processual penal, têm-se como objetivo central demonstrar os pontos de concordância e discordância entre os ramos do direito, passando-se por uma análise pormenorizada dos impactos relacionados à essa importação de mecanismos judiciais.

De acordo com toda a análise das informações arrecadas durante o estudo, o que de fato constatou-se foi, não somente a necessidade de incorporação dos precedentes vinculantes ao processo penal, mas também seu grande benefício para tal ramo de atuação jurídica.

Com a vinda dos precedentes vinculantes para o ordenamento pátrio, em especial na esfera penal, poderá se observar uma maior segurança jurídica e estabilidade das decisões, que repercutirá em uma provável diminuição da crise da Justiça brasileira.

Por fim, concluiu-se que, o tema ainda carece de maiores e melhores discussões entre os operadores de direito penal e sua respectiva doutrina, para se estabelecer parâmetros próprios relacionados à matéria no âmbito de aplicação dos precedentes, uma vez que esse ramo do direito é regido pelo modelo garantista e vislumbra um cuidado próprio.

Para que seja possível colher todos os bons frutos advindos desse novo conceito, novo costume, implantado em nosso ordenamento pátrio, o primeiro passo é conhecê-lo, para que a partir de então, sem desentendimentos, se possa utiliza-lo como forma de garantir um Estado Democrático de Direito.

1 A FORÇA TRAZIDA PELOS PRECEDENTES NO PROCESSO CIVIL

1.1 Origem dos precedentes no contexto de formação da sociedade

Há não tanto tempo assim, a doutrina majoritária era capaz de definir o direito brasileiro como um sistema jurídico voltado à tradição romano-germânica do *civil law*, o que, sem sombra de dúvidas, era perceptível devido à sua maior ligação com um ordenamento pautado em normas escritas, que versam sobre uma vasta quantidade de matérias na intenção de garantir o maior respaldo legal possível, sobre qualquer tema que venha a ser invocado.

Entretanto, atualmente se tem percebido uma aproximação do ordenamento pátrio às tradições do *common law* anglo-saxônico, ocorrendo o chamado processo de *commonlização*¹ de nosso sistema, sendo defendido por muitos que o direito brasileiro contemporâneo é, na realidade, um sistema híbrido, ou seja, com traços de ambas tradições ocidentais.

Certo é que, assim como vem ocorrendo no Brasil, uma aproximação entre as principais tradições jurídicas do Ocidente também está ocorrendo em todo mundo contemporâneo, sendo tal fator explicado pela maior globalização e dinamização das informações.

Não obstante, seguindo-se o raciocínio de Azevedo e Lima (2016), isso nem sempre foi assim, pois no passado *civil law* e *common law* eram concepções diametralmente opostas, principalmente ao se considerar o espaço que cada uma delas concedia ao poder judiciário.

Será necessário realizar uma digressão histórica para melhor compreender como foram formados institutos tão diversos no Ocidente, que acabaram por influenciar os ordenamentos de todas as nações envolvidas geograficamente e historicamente com os países responsáveis por cada uma das tradições referidas.

O histórico de origem aqui relevante não se diferencia dos demais temas dicotômicos que possuímos em muitas áreas de conhecimento até os dias atuais, ou seja, as tradições de formação do *civil law* e *common law* também tem seu berço de desenvolvimento na famosa disputa, ou nesse caso, na diferenciação de formação cultural, entre França e Inglaterra.

Como é sabido por todos, o *common law* possui origem inglesa, país esse que durante os tempos de revoluções e revoltas populares não veio a realizar uma ruptura com o jurisdicionado, pois esse último era ligado ao povo, possuindo assim uma grande aceitação por parte da população, que confiava em seus juizes.

¹ Sobre o tema, ver AZEVEDO; LIMA (2016).

Pelas razões elencadas, a tradição jurídica dominante na Inglaterra não passou por nenhum tipo de rejeição, não havendo questionamentos acerca dos posicionamentos adotados e direções seguidas pelos magistrados, se desenvolvendo, assim, de forma gradativa e ininterrupta, consolidando seus entendimentos sem maiores problemas.

Aliando-se a confiança depositada pelo povo no jurisdicionado (que uniu-se àquele para derrubar a monarquia, conquistando mais poder com tal conduta), ao fator do orgulho jurista inglês, que prezava pela continuidade de seu direito, tornou-se praticamente inevitável o desenvolvimento da valorização de um sistema de precedentes judiciais vinculantes.

Por outro lado, ao se falar da França, berço do *civil law*, não há como não se pensar em revoluções, rupturas e revoltas, essas com grandes efeitos históricos, demarcando novos tempos e conceitos não só no direito, mas em todo modo de pensar e agir em comunidade.

A Revolução Francesa de 1789 foi a grande “divisora de águas”, o que fora deixado para trás com ela não abarcava apenas o governo monarquista, mas também toda a estrutura social da época, bem como instituições e tradições jurídicas, sendo que o judiciário tornou-se parte abominada pelo povo, pois estava fortemente ligado aos ideais monarquistas combatidos na revolução.

Após a tomada do poder pelo povo e com a chegada do iluminismo, o que se pretendia era a criação de um novo modelo jurídico, uma vez que pairava sobre os cidadãos uma total desconfiança no antigo governo e nos magistrados, tendo em vista que esses últimos apoiaram a monarquia e o absolutismo que fora combatido pelos revolucionários.

Com a chegada de uma nova organização da sociedade francesa, buscou-se seguir à risca os pensamentos de Montesquieu² em relação à separação dos poderes, afinal, a maior preocupação era garantir a igualdade e soberania popular. A função de governar e estruturar as novas normas de direito não poderia ser delegada a mais ninguém, senão ao próprio povo.

Para que o poder pudesse ser garantido ao povo, efetivou-se no modelo organizacional francês o parlamento, o qual seria responsável por criar novas normas de direito, pautadas no racionalismo e na proteção do interesse social-coletivo. As normas então desenvolvidas, deveriam ser claras, coerentes e objetivas, evitando ao máximo a existência de lacunas, a fim de impossibilitar atuações interpretativas por parte do judiciário.

Conforme indicam Azevedo e Lima (2016), enquanto a França desenvolvia-se em um novo ordenamento jurídico, baseado nos ideais de ruptura, com a necessidade de se reorganizar a partir da total rejeição ao antigo, num clima de desconfiança em relação a tudo

² Filósofo francês que defendia a aplicação do modelo de separação dos poderes como forma de impedir a ocorrência de absolutismos e concentração de poder em um só órgão.

que emanava passado e poder autoritário, buscando assim fortalecer suas novas concepções pela segurança jurídica oriunda da lei positivada, a Inglaterra depositava sua confiança quase que integral aos magistrados, que mostraram estar do lado dos cidadãos, procurando garantir que o melhor direito fosse estabelecido e aplicado.

Fazendo-se essa digressão, torna-se simples entender o sistema de formação das tradições Ocidentais mais populares, sendo da mesma simplicidade entender a influência que esses dois países tiveram na formação do restante do mundo, em especial, no Continente Americano, colônia formada pelos ideais de tais países.

Com o processo de colonização brasileiro, este sofreu grandes influências do ideário iluminista resultante da Revolução Francesa, isso explica, ao menos parcialmente, a adoção, ao princípio do sistema *civil law* pelo ordenamento nacional, o que acabou por distanciar a aplicação de precedentes vinculantes em nosso país, afinal esses são claramente relacionados ao ideal de continuidade e empirismo do *common law*.

1.2 A falsa crença da ruptura entre o CPC/73 e o CPC/15 com a vinda dos precedentes.

A dicotomia entre as tradições de direito referidas no título anterior não perdura até os tempos atuais, isso porque, como se sabe, a sociedade é dinâmica, logo os costumes por ela empregados e, por consequência, o direito, também precisam ser assim.

Com a ocorrência da Segunda Guerra Mundial e a ascensão do pós-positivismo (WOLKART, 2015), a tradição romano-germânica e seu ideal positivista legicêntrico acabou por sofrer grandes críticas e flexibilizações nos países até então defensores do *civil law*, como é o caso do Brasil.

Da mesma forma, os países de tradição anglo-saxã também cederam espaço com o tempo para um direito legislado, por força de conceitos oriundos da nova estrutura global de sociedade, tais como o constitucionalismo, o Estado Social e as demandas de massa, bem como as cláusulas abertas, gerais e indeterminadas (AZEVEDO; LIMA, 2016).

Todo esse processo levou a uma aplicação mais flexibilizada de ambas as tradições Ocidentais. Obviamente que, cada país permaneceu com entendimentos mais tendenciosos àquele modelo previamente estabelecido em seu segmento, porém já é possível se perceber um movimento de congruência ocorrendo a nível mundial.

Outra questão que não se pode ignorar é a intensa globalização em que vivemos atualmente, com transformações sociais cada vez mais plurais e complexas, se dando em um

ritmo altamente acelerado, que, por óbvio, o direito não consegue acompanhar. Todavia, procura-se ajustar, sempre que possível, o ordenamento às novas concepções sociais.

O que se percebe é uma impossibilidade de manutenção de um único sistema de tradição no mundo atual, pois tanto o *civil law* como o *common law* acabariam por engessar o ordenamento, que necessita de certa volatilidade para se adaptar ao contexto dinâmico da sociedade contemporânea.

Tratando-se, agora, em específico, sobre o Direito Brasileiro, errado não está em se dizer que mesmo com a vigência do Código de Processo Civil de 1973 (este inicialmente pautado em ideais quase que intrinsecamente relacionados à tradição do *civil law*), já se era possível observar aplicações mais flexíveis do entendimento romano-germânico.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, uma nova era iniciou-se em nosso país, sendo que o Constituinte utilizou-se de conceitos mais abertos para fundamentar as garantias emanadas da Carta Magna, abrindo assim espaço interpretativo para o juiz ao texto normativo, com a finalidade de que esse fosse tutelado à luz do que versava o texto constitucional, com todas suas garantias e princípios assegurados.

Nesse sentido, acentuam Eduardo Cambi e Mateus Fogaça:

A Constituição Federal de 1988 deu maior relevo ao papel da jurisprudência, não apenas em razão da redemocratização do país, mas também pela ampliação dos instrumentos de judicial review, a constitucionalização de novos direitos e a renovação da hermenêutica constitucional com a valorização dos princípios jurídicos. (CAMBI; FOGAÇA, 2015, p. 337 *apud* AZEVEDO; LIMA, 2016, p.35)

O que se pode perceber no momento histórico da promulgação da Constituição Cidadã brasileira, nada mais é do que um movimento semelhante, salvando-se as devidas proporções, ao ocorrido na Revolução Francesa de 1789, no sentido de que, após anos a fio de um regime ditatorial, o povo buscava uma ruptura com os paradigmas estabelecidos, tornando o texto legal mais geral, dinâmico e interpretativo, a fim de abarcar o máximo possível de direitos e garantias individuais e coletivas.

As mudanças ocorridas pelo novo perfil ideológico foram gradativamente produzindo efeitos no âmbito infraconstitucional, não sendo diferente com o CPC/73, que, formulado anteriormente ao novo constitucionalismo nacional, precisou passar por adequações, a fim de abarcar a nova ideologia, pautada em garantias, com uma maior confiabilidade na justiça.

Ao longo dos anos percebeu-se, cada vez mais, uma abertura do legislativo ao judiciário, conferindo a esse último prerrogativas interpretativas e uma maior confiabilidade.

Passou-se, em 1993³ a conferir efeito vinculante às decisões do STF e, em 2004, com a EC 45⁴, foram criadas a súmulas vinculantes.

No próprio sistema processualista civil foram criados instrumentos para ampliar a obrigatoriedade também de decisões infraconstitucionais, podendo-se citar como exemplos: “(...) sentença liminar de improcedência (art. 281-A), a súmula impeditiva de recursos (art. 518, §1º), a repercussão geral para admissão de recurso extraordinário (arts. 543-A e 543-B), o recurso especial repetitivo (art. 543-C) e o julgamento monocrático de recursos (art. 557)” (AZEVEDO; LIMA, 2016, p. 36).

Portanto, mesmo não sendo de forma equiparada ao que estipula agora o novo Código de Processo Civil, já se podia perceber, desde o CPC/73, a existência de uma *commonlização* do ordenamento, com aplicações, ainda que mais singelas, de precedentes vinculantes

Dessa forma, não se pode perpetuar a falsa crença de que a força trazida pelos precedentes vinculativos no CPC/15, seja uma grande novidade ao ordenamento. O que de fato foi realizado pelo novo código processualista civil relaciona-se a uma positivação do tema, para justamente, adequar sua aplicação ao direito pátrio.

Logo, não há porque gerar sérias preocupações com os precedentes obrigatórios, como alguns insistem em indicar, afinal esses não são no seu todo temas inovadores e sua disposição legal serve, na verdade, para, justamente, evitar abusos de poder e garantir o cumprimento do Estado Democrático de Direito.

Por óbvio, foram necessárias algumas adequações relativas ao tema de precedentes vinculantes, entretanto, ao longo desse trabalho pretende-se demonstrar que as mesmas não só eram necessárias, como são de extrema valia no atual contexto de sociedade em que vivemos.

1.3 As novidades e mudanças trazidas pelo CPC/15

Com a chegada da Lei 13.105/15, lei essa formuladora do novo Código de Processo Civil, os laços com a tradição *common law* dentro de nosso ordenamento tornaram-se ainda mais estreitos, pois a força dos precedentes vinculativos fora, agora, positivada.

³ A norma constitucional, alterada pela Emenda Constitucional n.º 3, de 17/3/1993 - o art. 102, no seu § 2º - que criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade, diz que: “*As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo*”.

⁴ EC45: Emenda Constitucional de 45, publicada no DOU em 31/12/04, a EC 45 foi responsável por profundas modificações no Judiciário, principalmente com a criação do CNMP e do CNJ.

Ademais, a positivação realizada no CPC/15 veio calcada em instrumentos típicos da tradição anglo-saxã, como a *ratio decidendi*, o *distinguishing* e o *overruling*, demonstrando assim, uma nova forma de se aplicar e entender os precedentes.

No livro III da parte especial do NCPC, denominado “Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais”, o primeiro assunto a ser tratado está justamente relacionado aos precedentes judiciais, dispondo o art. 926:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação

O que se observa, ao ler o texto estabelecido no referido artigo, é uma preocupação do legislador com a congruência das decisões jurisprudenciais, buscando sanar o problema de diferentes aplicações do direito por meio do instituto dos precedentes.

Apenas o artigo 926 já demonstraria a vontade do legislador em se estabelecer um novo sistema de julgamento com maior segurança jurídica nas decisões prolatadas, principalmente a partir da ressalva informada no §2º do referido artigo. Porém o legislador foi além, complementando o raciocínio acerca dos precedentes vinculativos ao estabelecer no art. 927 do referido Código de Processo Civil:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Com o disposto no art. 927 em seus incisos e parágrafos, resta evidenciada a aplicação de precedentes com força vinculante ao novo ordenamento processual civil. Em tal artigo o legislador não apenas mostrou sua preocupação com a uniformização da jurisprudência, como também estabeleceu as diretrizes a serem seguidas para se aplicar o instituto dos precedentes vinculantes.

Realizando uma análise objetiva sobre os artigos em comento, é possível notar a obrigatoriedade de seguimento da norma estabelecida pelo jurisdicionado. Percebe-se que, ambos os artigos trazem consigo a força imperativa da norma, aguardando que seja cumprido o que ali fora proposto.

Por outro lado, se faz mister a observância de que, através do disciplinado, principalmente nos parágrafos do art. 927, não adiantará que o jurisdicionado apenas continue exercendo a aplicabilidade de decisões com força persuasiva para sustentar seus entendimentos. O que se pretende com a nova norma é algo superior a isso, sendo necessário a real compreensão do sistema *common law* para uma correta aplicação dos precedentes judiciais vinculantes.

A expressão precedente judicial terá que parar de ser utilizada como sinônimo de decisão, jurisprudência ou súmula, como já asseveram Mateus e Marcos Fogaça (2015), delimitando-se assim o conteúdo daquilo que realmente terá força vinculante e conseqüentemente se tornará um precedente, diferentemente de meras decisões judiciais.

Para que uma decisão tenha força vinculativa de precedente, ela precisará “servir de paradigma para as orientações dos demais julgadores e dos cidadãos em geral, face sua autoridade e consistência” (MARINONI, 2011, p. 214-215 aput FOGAÇA, Mateus; FOGAÇA, Marcos, 2015, p.513)

Um precedente judicial, conforme assentam Mateus e Marcos Fogaça (2015), não se dá pela quantidade de decisões proferidas em determinado sentido, conforme ocorre com a jurisprudência, tampouco pode ser entendido como um enunciado genérico com a finalidade de esclarecer certo entendimento, sem uma fundamentação bem elaborada sobre o tema, tal qual ocorre com as súmulas.

O precedente precisa tratar de um caso específico, ligado à origem do mesmo, com fundamentação exaustiva acerca do tema que lhe compete, devendo ser usado apenas em casos com alto grau de semelhança, tendo pontos essenciais e substancialmente análogos,

evitando insegurança jurídica e mitigações de direitos, uma vez que a partir do ideal trazido pelo CPC/15 esse será adotado como fonte de direito.

Logo, não serão todas as decisões proferidas pelos órgãos julgadores que terão força vinculativa de precedentes judiciais, para assim o ser, é necessário seguir todas as regras já estabelecidas no próprio artigo 927, observando a cadeia hierárquica para vinculação, que poderá ser horizontal (dentro de um mesmo órgão julgador) ou vertical (de instâncias superiores para inferiores).

Institutos como *distinguishing* (meio de modificação dos precedentes através da demonstração de diferenças entre o caso analisado e o seu paradigma) e o *overruling* (método de superação de um precedente que não mais deve ser aplicado considerando-se a dinâmica das decisões), também foram importados da tradição *common law* pelo novo Código de Processo Civil, nos parágrafos 3º e 4º do art. 927.

Outrossim, de acordo com o estabelecido no §1º do art. 927, a fundamentação da decisão, cuja garantia legislativa foi estipulada nos arts. 10 e 489, §1º do mesmo Codex, também precisa estar presente para a formulação de precedentes, uma vez que esses necessitam de uma *ratio decidendi* para serem considerados válidos.

Como se pode observar, a criação de precedentes vinculantes não é tão simples como se acredita a princípio, por isso não se torna coerente a preocupação com a possibilidade de insegurança jurídica ou mitigação de garantias constitucionais e separação dos poderes com a superveniência de tal instituto, bastando seguir o disposto no texto legal, para que sua aplicação seja feita da melhor forma possível, pautada nos princípios de direito democrático regentes no país.

A cobrança que está sendo imposta ao judiciário deriva da grande credibilidade dada ao órgão, que a partir de agora atuará diretamente na consolidação de direitos através da força vinculante dos precedentes. Ao contrário do que se possa argumentar, levando-se em conta o rigor legal com que o tema foi tratado pelo novo CPC, isso não trará malefícios ao Estado Democrático de Direito, pelo contrário, apenas aumentará a segurança jurídica e a eficácia das decisões, tornando-as uniformes.

Portanto, não há o que se falar em engessamento do direito pela nova prática jurídica, afinal a mesma garante a realização de modificações e superações de precedentes, sempre que necessário, tudo isso baseado na máxima fundamentação das decisões, aliada ao dever legal de observação das características de cada caso concreto.

2 DIREITO COMPARADO - OS PRECEDENTES NO DIREITO NORTE-AMERICANO

2.1 A construção histórica dos precedentes vinculantes nos EUA.

A ideia de precedentes que está sendo implementada no Brasil agora, com a chegada do Novo Código de Processo Civil já é aplicada nos Estados Unidos desde a criação de sua Constituição Federal, fazendo parte, inclusive, de como se deu a formação cultural e jurídica do Estado norte-americano, uma vez que o país fora colônia inglesa em tempos de “descobrimento da América”.

Inicialmente as Cortes Estaduais e a Corte Federal dos Estados Unidos utilizavam-se de conceitos doutrinários e decisões advindas do direito consuetudinário de sua colonizadora Inglaterra para formar os precedentes a serem aplicados nas decisões tomadas em seus tribunais.

Todavia, com o passar do tempo, tendo em vista os avanços doutrinários e jurisprudenciais no próprio país, bem como a consolidação normativa do mesmo, tais Cortes passaram, de forma gradativa, a utilizarem suas próprias decisões como precedentes jurídicos.

O ordenamento jurídico dos EUA herdou do direito inglês a ideia de “*stare decisis*”, que seria, de acordo com o entendimento da Corte Estadual da Califórnia: “sob a doutrina do *stare decisis*, todos os tribunais que exercem jurisdição inferior são obrigados a seguir decisões de cortes que exercem jurisdição superior” (COUTINHO, 2016, p. 01, tradução livre).

Essa ideia trazida pelo ordenamento está intrinsecamente ligada com o sistema *common law*, que abrange a ideia de precedentes aplicados de forma vinculante, do qual os Estados Unidos faz parte.

Na cultura americana, o poder dado aos juízes das Cortes de segunda instância, sejam elas Estaduais ou Federais, bem como a interpretação e determinação realizadas por um membro da Suprema Corte dos Estados Unidos constituiu precedente vinculante, ou seja, nas palavras de Cole (1998), “torna-se lei”, que precisa ser seguida por todos os tribunais inferiores.

Tal raciocínio nos faz passar por uma interpretação de transcendência da função jurisdicional, que sai da esfera da estrita aplicação da norma e acaba por tocar o cerne do Poder Legislativo, cuja função é exatamente elaborar leis.

Todavia, ao contrário do que pode parecer, isso não dá ao judiciário uma equiparação ao poder-dever exercido pelo legislativo, afinal o sistema de precedentes vinculantes é necessariamente ligado ao caso concreto que se analisa, só podendo ser aplicado nos casos que com aquele se assemelhem, sendo preciso que se demonstre a relação ou a falta dessa caso a caso.

Outrossim, a demonstração de conexão entre os casos precisa ser muito bem fundamentada, baseando-se no que se chama de *ratio decidendi*, um instituto relacionado com uma séria análise do caso, pautada em sua questão central, que passa por fundamentações gradativas, de instância em instância, até chegar a uma corte mais elevada, onde a convicção de formação do precedente já está mais madura.

2.2 Aplicação: como se dá a diferenciação entres as cortes norte-americanas

É importante explicar que, diferentemente do que ocorre no sistema brasileiro, nos Estados Unidos a esfera de influência existente nas Cortes de segunda instância estaduais é ampla, isso porque as Cortes estaduais em geral tem influência concorrente com as Cortes federais, devido ao sistema de Estados independentes adotado no EUA (COLE, 1998).

Por conta dessa influência concorrente entre Cortes, as Cortes Estaduais podem decidir casos que envolvam questões federais ou estaduais, salvo se expresso em contrário pelo congresso dos Estados Unidos.

A amplitude da esfera de influência das Cortes estaduais é a responsável por possibilitar que as referidas tragam também precedentes vinculantes, como ocorre com as Cortes federais e a Suprema Corte.

Não obstante, faz-se necessário saber como se dá a organização jurisdicional norte-americana, para que se torne possível diferenciar o grau de atuação do Poder Judiciário e posteriormente entender a aplicação dos precedentes de acordo com a Corte responsável por sua criação e aplicação.

Em primeiro lugar, é preciso saber que decisão tomada por Corte de primeira instância não gera efeito vinculante. De tal raciocínio segue-se para as matérias tratadas por Corte federal, na qual o Poder Judiciário é estritamente enumerado, sendo limitado a casos e controvérsias surgidos sob a vigência da Constituição, das leis dos Estados Unidos e de Tratados (COLE, 1998). Logo, tudo que não versar sobre os assuntos supramencionados, será de competência das Cortes estaduais.

Desta forma, torna-se simples entender que, partindo-se de uma decisão tomada em primeira instância por Corte federal, a referida decisão poderá ser revista em segunda instância federal, tendo, a partir daí, o poder de gerar um precedente vinculante, no circuito federal, estando sujeito a revogação pela superveniência de revisão da Suprema Corte.

Outrossim, seguindo-se o mesmo raciocínio em relação às Cortes estaduais de segunda instância, pode-se notar que, os precedentes vinculantes formados pelas referidas Cortes deverão ser seguidos no âmbito do Estado de que façam parte. Portanto, um precedente trazido pela Corte estadual da Florida deverá ser seguido por todas as cortes de primeira instância do estado da Flórida, por exemplo.

Já no caso da Suprema Corte dos Estados Unidos, essa estabelece precedentes nacionais, relacionados à interpretações da Constituição Federal, leis promulgadas de acordo com a Constituição ou Tratados Federais, por tal razão, estes precedentes devem ser seguidos por todos os demais tribunais.

Diante do exposto, é possível perceber que existem esferas distintas de influência, abarcadas dentro de dois grandes sistemas: o estadual e o nacional, no qual o primeiro é composto pela Corte de última instância estadual, formando precedentes vinculantes em toda jurisdição do sistema estadual e o segundo é composto por Cortes federais de segunda instância, sendo que a Suprema Corte gera precedentes vinculativos no âmbito nacional, cabendo ainda a ela revisar os precedentes criados por Cortes federais e até mesmo Cortes Estaduais, quando matéria em análise for entendida como de interesse nacional.

Interessante tratar também da curiosidade apresentada por Cole em 1998 e mantida até os dias atuais, de que a Constituição norte-americana sofreu apenas 27 emendas desde de sua criação em 1789. Isso está totalmente relacionado à ideia de dupla soberania do federalismo americano (um nacional e outro estadual), cabendo à Constituição tratar apenas da delegação de poderes para um governo central, reservando-se aos Estados a competência para legislarem assuntos como saúde pública, segurança e bem estar social.

Por tratar de forma geral da delegação de poderes a um governo central, a Constituição Federal americana, mesmo tão antiga, não precisa ser constantemente adequada à realidade da atualidade, isso porque ela está constantemente sendo reinterpretada pelo crivo dos precedentes vinculantes da Suprema Corte.

De acordo com a análise feita por Cole, o trabalho realizado por advogados, juristas, pesquisadores ou atuantes na área do direito nos Estados Unidos torna-se então um pouco distinto do que estamos acostumados no Brasil. O que ocorre lá é uma metodologia de

pesquisa por casos que se assemelhem de alguma forma com o que se pretende julgar, buscando situações de fato relevantes.

Encontrada uma situação de fato relevante que se aplica a seu caso concreto e que foi decidida por maioria e votos, essa gera um precedente vinculante sobre o assunto. Se a decisão não for por maioria, ela será tida como autoridade persuasiva, o mesmo ocorre com decisões de foro diferente.

Cabe à Corte que irá julgar o caso concreto buscar relações entre esse caso e outros cujos precedentes vinculantes já estão formados através da *ratio decidendi*. Não havendo precedente, a Corte deve se utilizar da autoridade persuasiva encontrada e se, por último, também não houver essa, o julgamento se fará de acordo com o que se considerar mais adequado no ordenamento, aguardando um que a questão chegue aos órgãos superiores e seja por eles esclarecida.

Há, porém, a possibilidade do precedente estar defasado, não sendo mais compatível com os costumes e o modelo atual da sociedade. Nesses casos, é preciso entender que um precedente vinculante não é imutável, o sistema “*stare decisis*” pode ser alterado pelo legislador, pela passagem do tempo na cultura evolutiva e pela própria Corte que o estabeleceu, desde que isso ocorra por maioria dos votos de acordo com a nova filosofia jurídica aplicável.

Tal sistema de superação de precedentes é chamado de *overruling*, no qual após se verificar que o entendimento adotado pela Corte está ultrapassado, realiza-se a adequação de tal precedente para um novo sentido, com a finalidade de não deixar que o direito se engesse.

Ante as considerações explicitadas é possível dizer que o sistema de precedentes vinculantes é dotado de previsibilidade, na qual as decisões a serem tomadas estarão quase sempre relacionadas a casos já tratados por uma Corte superior, cabendo as partes, bem como o aplicador do direito encontrar o fato relevante que faz aquele caso se encaixar no precedente apresentado.

2.3 Análise comparativa entre fundamentos norte-americanos e o atual sistema nacional

Ao se pensar na ideia de precedentes vinculantes tal como ocorre nos Estados Unidos é necessário que se observe determinadas questões básicas para que o funcionamento desse sistema ocorra de forma eficaz.

Um ponto substancial e ao mesmo tempo simples é a questão da infraestrutura para a cultura jurídica do precedente vinculante. Parece óbvio que em um país que utiliza as decisões

de suas Cortes para criar o funcionamento do ordenamento precise de um sistema de pesquisa disponível, simples e fácil de utilizar.

No entanto, o que é tido como algo banal não é assim tão simplório. Isso porque é preciso que o sistema de pesquisa seja constantemente atualizado com as decisões mais recentes e ao mesmo tempo rápido, bem elaborado e de fácil acesso.

Os Estados Unidos já possuem plataformas que oferecem os serviços de pesquisa de forma prática e com grande avanço tecnológico, conforme Cole já asseverava em 1998:

Nos Estados Unidos, o pesquisador, o juiz, o funcionário judiciário, ou o advogado, podem tanto utilizar uma metodologia de pesquisa por matéria, assunto, para encontrar casos que tratam de questões semelhantes ou usar métodos de pesquisa jurídica eletrônica tais como Westlaw ou Lexis. A metodologia de pesquisa disponível permite aos pesquisadores encontrar casos tratando de questões semelhantes e, em alguns casos, descobrir casos diretamente sobre o ponto (COLE, 1998, p.78).

Já o Brasil, se for realmente migrar para o sistema de precedentes vinculantes, mesmo que de forma gradual, precisa e muito aperfeiçoar sistemas de busca jurisprudenciais, para que os mesmos possam abarcar uma alta gama de decisões tornando possível a real análise dos precedentes em tribunais nacionais.

Outro aspecto que não se pode ignorar é o fato das origens dos sistemas adotados por ambos os países. Nos EUA, a cultura de leis genéricas a serem aplicadas a partir de sua interpretação advém de sua cultura, pautada no *common law*, por sua vez, no Brasil sempre se prezou pela segurança jurídica trazida de uma norma específica, positivada, o que dificulta a ideia de precedentes vinculantes, afinal esses estão intrinsecamente ligados a um direito mais interpretativo, ainda pouco assimilado pelos doutrinadores e operadores do direito nacional.

É certo que, baseando-se no modelo norte-americano há um longo caminho a ser traçado em nosso país para que o sistema de precedentes vinculantes seja efetivamente adotado. Não obstante, nada impede de que, com mudanças legislativas como o Novo Código de Processo Civil e rompimentos de barreiras ideológicas dos nossos juristas, tal sistema prospere.

O essencial para que as novas mudanças de fato ocorram é saber se realmente esse é o modelo que acreditamos ser o mais indicado para se seguir e, caso positivo, realizar uma preparação para a aplicação correta de tal, pois se assim o for, não haverá perdas em relação à segurança jurídica, mas, muito pelo contrário, muitos ganhos.

3 OS PRECEDENTES NO PROCESSO PENAL

3.1 Lacuna jurídica – CPC com aplicação suplementar ao CPP

Antes de iniciar qualquer discussão de fato sobre as influências do novo Código de Processo Civil no Processo Penal em vigência, faz-se necessário estabelecer as condições para que aquele possa ser aplicado a este.

Não é questão desconhecida o fato de nosso ordenamento processualista penal estar demasiadamente defasado em relação à atual conjuntura de sociedade existente no país, nosso Código de Processo Penal não é nada mais nada menos do que um senhor de mais de 70 anos de idade.

Promulgado em 1941, a legislação nele estabelecida sequer segue as regras da Constituição Federal, afinal, essa passou a vigorar no ano de 1988, ou seja 47 anos após o que já se estabelecia em matéria processual penal.

Tal fator consubstancia como uma das razões de ser necessário a utilização de meios alternativos de legislação para adequar o CPP a uma realidade mais contemporânea de aplicação de normas processuais criminais, uma vez que com o decorrer dos anos, tornou-se inevitável a necessidade de complementação, alteração e até exclusão de determinadas matérias previstas no código processual penal.

Ademais, já se tem preestabelecido no ordenamento de direito brasileiro a aplicação subsidiária de regras e princípios basilares a toda e qualquer norma que esteja incompleta, omissa ou carente de adequação.

Destarte, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁵ dispõe, em seu artigo 4º que, “*quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*”, o que evidencia a aplicação de outras normas àquelas que se encontram defasadas ou incompletas.

É certo que o código de Processo Penal já sofria aplicações subsidiárias desde o CPC/73, isso porque o advento das normas processuais civis já demonstrava a necessidade de algumas adequações no processo penal que se encontravam ultrapassadas.

Não se pode deixar de ressaltar que no decorrer dos anos e, principalmente após a promulgação da Carta Magna de 1988 muitas foram as alterações diretas feitas ao CPP por

⁵ DECRETO-LEI Nº 4.657, de 04.09.1942 - disciplina a aplicação das normas jurídicas de uma maneira geral.

meio de leis esparsas, com o objetivo principal de adequar as disposições processuais penais ao texto constitucional.

Por outro lado, alguns poderiam argumentar que, por se tratar de matéria específica, a utilização supletiva do Código de Processo Civil no Processo Penal acabaria por afrontar o princípio da especialidade, gerando um conflito entre as normas e até mesmo uma sobreposição de uma em virtude da outra, devendo-se, por essa razão, respeitar os institutos próprios de cada matéria.

Ademais, ao tratar da possibilidade de aplicação subsidiária, o art. 15 do NCPC versa: “*na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente*”. Notando-se, assim, que não há uma previsão expressa de utilização supletiva do CPC ao CPP quando ocorrer ausência de regulamentação desse último (FEDATO; GONÇALVES, 2016).

Todavia, é importante destacar que o novo Código de Processo Civil está pautado em ideais contemporâneos concernentes com a Constituição Federal vigente, o que o torna uma norma de grande valia para se garantir a aplicação do melhor entendimento do direito atual, pautado em concepções atualizadas de Estado Democrático de Direito e bem estar social.

Nesse sentido, não restam dúvidas que a aplicação subsidiária do CPC/15 ao CPP/41 nos casos em que esse apresentar lacunas e necessidades de adequação é totalmente válida, inexistindo qualquer óbice no que tange à melhor interpretação da norma, obviamente que respeitando-se o princípio da especialidade e utilizando tal suplementação apenas naquilo que de fato for necessário.

Outrossim, o próprio Código de Processo Penal em seu artigo 3º, determina que “*a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito*”. Restando clara a aplicabilidade do NCPC no processo penal, sempre que esse necessitar de complementação e adequação na matéria suscitada.

Um exemplo claro do tema trazido por Fedato e Gonçalves (2016, p. 114) é a citação por hora certa, prevista no art. 362 do CPP, no referido artigo já era estipulado a aplicação subsidiária do Código Civil de 1973, em seus artigos 227 a 229, *in verbis*:

Art. 362. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Tal dispositivo agora será alterado, passando a vigorar de acordo com a nova redação dada pelo CPC/2015 ao instituto da citação por hora certa, estipulado nos artigos 252 a 254, que trouxeram algumas novidades sobre o tema.

Conforme os referidos autores demonstram, essa aplicação deriva do disposto no art. 1.046 do NCPC, no qual sustenta que a partir da entrada em vigor do Novo Código, as disposições do mesmo se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, qual seja o velho Código de Processo Civil.

Assim, não mais se faz necessário, no caso de citação por hora certa, que o oficial de justiça, por três vezes, se direcione ao endereço do réu, mas sim apenas duas vezes, visando à simplificação da diligência, podendo inclusive receber a citação o funcionário de portaria nos casos de condomínios edilícios

Existem muitos outros exemplos que poderiam ser citados para demonstrar a aplicabilidade subsidiária do novo CPC em matéria processual penal, todavia precisamos nos ater ao tema central em questão: a força dos precedentes. Tal mecanismo estaria englobado nos temas de aplicação supletiva ao CPP?

Para se tratar em específico do tema de precedentes é necessário fazer, em primeiro lugar, uma distinção entre aplicação subsidiária, supletiva e residual, pois apesar de parecerem sinônimos, essas três palavras representam aplicações distintas quando relacionadas à vinculação do CPC ao CPP.

Segundo Hermes Zaneti Júnior:

A aplicação subsidiária significa a integração da legislação subsidiária na legislação principal, de modo a preencher os claros e as lacunas da lei principal. Ex.: a lei principal do Mandado de Segurança é a lei 12.015/09, mas esta lei não disciplina os recursos, logo, para a disciplina dos recursos é necessária a aplicação subsidiária do CPC/2015. [...] A aplicação supletiva ou complementar ocorre quando uma lei completa a outra, dando-lhe um sentido geral. [...] Há, por fim, a aplicação residual, será residual a aplicação do CPC quanto ao respeito à lógica e princípios próprios dos demais sistemas. A aplicação do CPC ao processo penal será sempre residual como forma de controle da adequação, a regra da residualidade é negativa, não se aplica ao CPC se o CPP e os princípios e a lógica própria do direito penal e processual penal não permitem (ZANETI JÚNIOR, 2016, P. 461/462).

Através das definições acima estabelecidas por Zaneti é possível se dizer que a aplicação do CPC como um todo em outros ramos processuais ocorre de forma supletiva e subsidiária, isso porque o Código de Processo Civil atua como um núcleo para os demais, sendo de natureza plástica, flexível, a fim de se adaptar ao procedimento ao qual seja necessário utilizá-lo.

Todavia, ao se falar na aplicação em específico dos precedentes, essa ocorre, na visão de Zaneti, apenas de forma supletiva, ao demais ramos processuais, uma vez que tal matéria carece de complementação até então inexistente no ordenamento, devido à forma como fora constituído nosso sistema jurídico, baseado principalmente no *civil law*.

3.2 A força vinculativa dos precedentes no modelo garantista do direito penal

A concepção de garantismo, trazida por Luigi Ferrajoli⁶ e embasada em uma ideia jurídica iluminista, preza pela manutenção da legalidade estrita, da materialidade do direito, da responsabilidade pessoal, do contraditório e da presunção de inocência, possuindo influência direta na aplicação dos precedentes advindos do novo CPC.

É sabido por todos que o ordenamento brasileiro, em especial ao tratar de matéria penal, adota o sistema garantista como forma de seguimento. O referido modelo é responsável direta e indiretamente pela formulação das normas a serem criadas, podendo-se citar o princípio da irretroatividade (ou retroatividade) de lei penal, estipulado no art. 5º, inciso XL⁷, da Constituição Federal como um exemplo claro do garantismo.

O princípio da irretroatividade possui intrínseca relação com a aplicação dos precedentes vinculativos em matéria penal, uma vez que a formação dos mesmos pelos órgãos julgadores pode acabar por mitigar o princípio supracitado.

A partir de tal entendimento faz-se necessário realizar uma ressalva, de acordo com os pensamentos de Hermes Zaneti Jr (2016), na aplicação de precedentes vinculante em matéria penal, essa não irá ocorrer nos casos em que a decisão geradora do precedente for maléfica ao réu, com a finalidade de preservar tal princípio.

Ocorre que, ao se referir ao princípio da irretroatividade da lei penal, é preciso se ater ao fato de que o mesmo possui duas vertentes, podendo inclusive ser entendido como princípio da retroatividade da lei penal, uma vez que, ao se analisar o disposto no inciso XL do art. 5º da Constituição Federal, perceber-se-á que tal é formado por duas orações, sendo que a primeira parte pauta-se no princípio da irretroatividade, enquanto a segunda parte garante justamente o oposto.

⁶ Jurista italiano e um dos principais teóricos do Garantismo, definindo-se a si próprio como um juspositivista crítico

⁷ ART. 5º, XL, CF/88: A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

A explicação para a dicotomia supracitada é algo muito simples, bastando-se perceber que, conforme toda a teoria garantista, o intuito do artigo é proteger a parte hipossuficiente, bem como a segurança jurídica, salvaguardando o direito do condenado em não ter sua condenação reavaliada por norma advinda *in malam partem*, porém com o benefício de poder valer-se de novo instituto que seja advindo *in bona partem*.

O raciocínio explicitado anteriormente serve para que se possa entender de forma equivalente a aplicação dos precedentes quando relacionado à decisão penal, afinal quando a decisão que forma um precedente é favorável ao réu, dúvidas não há de sua aplicação com efeito vinculante às próximas decisões no mesmo sentido e até mesmo com efeitos retroativos, não obstante se a mesma trouxer malefícios ao réu, admitir o efeito vinculante de suposto precedente firmado será algo mais complicado, devendo-se analisar sua aplicação penas para caso futuros, para evitar infringir o garantismo penal já consolidado em nosso ordenamento.

Tal fator deixa claro a necessidade de se ponderar a aplicação da força dos precedentes em matéria penal, afinal essa cuida de ramo muito delicado do direito, na qual os princípios regentes precisam ser efetivamente garantidos, para que não ocorra uma supressão das conquistas já alcançadas.

Cumprido ressaltar, ainda, que enquanto o princípio da irretroatividade de lei maléfica rege a matéria penal, ao se tratar de direito processual penal a ideia é a diametralmente oposta, ou seja a aplicação imediata da lei *tempus regit actum* (ZANETI JÚNIOR, 2016).

Isso demonstra que, em relação à força vinculativa dos precedentes em matéria processual penal, os mesmos podem e devem ser aplicados de forma imediata, com os efeitos vinculantes propostos pelo novo CPC.

Diante do exposto, o que se observa é a ideia de uma dupla função dos precedentes normativos vinculantes: *pro futuro in malam partem* (em matéria penal) e *tempus regit actum* (em matéria processual penal), conforme Hemes Zaneti Júnior (2016, p.463) apresenta ao aprofundar na questão de aplicação de precedentes vinculantes no processo penal.

O que se verificou até o momento foi um possível obstáculo entre o modelo garantista, intrínseco ao direito penal e a força vinculativa dos precedentes judiciais, no entanto não seria pelo simples fato de haver algumas adequações a serem realizadas que justificariam o abandono da ideia de precedentes vinculativos em matéria penal e processual penal.

É possível inclusive, pela visão de alguns autores como Hermes Zaneti Junior, que se defenda a existência de precedentes vinculativos como forma de garantia dos princípios abarcados pela Teoria Garantista de Ferrajoli, porém tal tema precisa ser enfrentado por mais

doutrinadores e aplicadores do direito, para que o posicionamento acerca do assunto seja bem firmado e fundamentado, a fim de que se possa aplicá-lo aos mecanismos dos precedentes vinculantes em matéria penal e processual penal.

3.3 Divergências de aplicação entre processo civil e processo penal

Conforme vem sendo demonstrado ao longo do trabalho, existem questões pontuais de aplicação dos precedentes vinculantes no processo civil e no processo penal, o que precisa ser respeitado para que o ordenamento jurídico brasileiro e seu Estado Democrático de Direito não sofra qualquer espécie de cerceamento.

Crê-se que a ideia do legislador com o advento do Código de Processo Civil de 2015 foi de, não apenas modernizar e adequar a legislação civil até então vigente, mas também de proceder um rearranjo de todo ordenamento, a partir de conceitos mais atualizados com a sociedade contemporânea e seu modo de vida.

Contudo, mesmo sendo vastas e significativas as mudanças perpetradas com o novo CPC, não se pode deixar de observar os quesitos particulares de cada norma, nesse caso, da norma processual penal em especial.

De acordo com o que já foi apresentado, sabe-se que a aplicação do Código de Processo Civil ao Código de Processo Penal é subsidiária e supletiva, ou seja aquele atuará nos casos em que neste houver lacunas ou puder abarcar um sentido mais geral ao tema, cabe, porém, saber identificar os casos em que deve ser afastada tal aplicação.

Ao se tratar especificamente de precedentes vinculantes o primeiro passo é entender a forma como o conceito de precedentes é interpretada até os dias atuais em nosso ordenamento, que de nada tem a ver com a concepção trazida no novo CPC.

Isso porque o que temos até o presente momento são apenas decisões judiciais com força persuasiva, que não obrigam a aplicação do entendimento por elas formulado, apenas são utilizadas como prerrogativas e até mesmo “argumentos de autoridade” para a aplicação de determinada concepção de direito.

O pretendido com a nova lógica de precedentes vinculantes vai muito além de um simples colacionado de jurisprudências em um determinado sentido para fundamentar a decisão do julgador.

A ideia é de fato vincular as decisões futuras àquela que for estabelecida como precedente, com o objetivo de uniformizar a jurisprudência dos tribunais, aumentar a

segurança jurídica e tornar mais efetiva a tutela dos direitos, acelerando, por consequência, o processo judicial, o que gerará um desafogamento do judiciário.

Devido ao grau de relevância que será aplicado aos precedentes, que deixarão de ser apenas persuasivos para se tornarem vinculantes de fato, é que se faz necessária uma análise mais pormenorizada da atuação dos mesmos no direito penal como um todo, tomando como especialidade o processo penal.

Se formos analisar única e exclusivamente a aplicação de precedentes vinculantes em matéria processual civil, a capitulação presente nos artigos 926 e 927 do CPC/15 se apresenta de forma totalmente coerente e completa, afinal volta-se para um sistema mais flexível de atuação.

Todavia, ao se tratar de matéria penal e processual penal, essa flexibilização do sistema precisa ser pormenorizada, analisando-se o casuístico de forma mais acentuada, pois questões aparentemente semelhantes podem vir a trazer aplicações totalmente distintas do direito.

Enquanto o processo civil já possuiu técnicas bem formuladas de superação de precedentes através do *overruling* ou sua modificação pelo *distinguishing*, bem como a necessidade de uma *ratio decidendi* para sua concepção, o processo penal não possui qualquer discussão em tal sentido, uma vez que a ideia de precedentes vinculativos acabou de ser efetivamente trazida a cena para tal ramo.

Por óbvio que se pode aproveitar os institutos já preestabelecidos e bem configurados a respeito dos precedentes obrigatórios no processo civil ao processo penal, mas o que se está tentando mostrar aqui é a necessidade de enfretamento do tema, para que ocorra, o quanto antes, estabelecimento de parâmetros aos quais serão aplicados os precedentes no processo penal.

Ao se versar sobre o princípio da legalidade no processo penal é necessário recordar que o mesmo está reforçado pelo sistema garantista, isso acaba por impor limites além daqueles existentes no processo civil, que influem no momento dos julgadores considerarem a universalização de suas decisões.

O que se entende na aplicação dos precedentes vinculantes ao direito penal e processual penal é a necessidade de uma maior observância ao princípio da legalidade estrita, afinal a, conforme Zaneti Júnior (2016, p.459) “O direito penal precisa ser visto como a Magna Charta do delinquente”, sendo preciso agir com cautela ao proferir decisões com força vinculante que acabem por legislar sobre matéria não estabelecida no código.

Quando se trata do mesmo aspecto no âmbito civil e processual civil, a questão torna-se mais simplificada, devido ao grande número de matérias por ele englobadas, o que possibilita uma criação de conceitos mais abertos e gerais na formulação de precedentes, chegando-se inclusive a tratar de matéria carente de positivação legislativa.

Tais circunstâncias não podem ser de forma alguma aplicadas ao ordenamento criminal, por se correr sérios riscos de infringir o Estado Democrático de Direito e o ideário de universalização e constitucionalização do ordenamento.

É certo que com o esfacelamento legislativo que vem ocorrendo, torna-se mais provável a atividade jurisdicional de criação de precedentes por analogia, criação e interpretação. Não obstante, esses termos não podem ser vistos como sinônimos, principalmente na esfera penal.

Segundo Zaneti Júnior (2016), na esfera penal, apenas a interpretação da legislação estrita deveria ocorrer na formulação de precedentes vinculativos, isso porque se assim o fosse não existiria risco aos ideais iluministas de tal ramo do direito e tampouco de descumprimento de seus princípios basilares, pois através de uma decisão vinculante interpretativa na verdade, estará se fortalecendo o ordenamento pátrio e sua constitucionalidade.

Ao contrário do que muitos acreditam ser um problema, a chegada dos precedentes vinculantes vieram para melhorar o sistema de direito existente, porém a aplicação de tais precisa ser feita com a devida observação do ideário trazido da tradição *common law*, com uma certa adaptação a cada matéria de direito.

Não podemos simplesmente empregar o entendimento civilista no processo penal, mas, realizando-se as adaptações necessárias, com certeza a ideia de precedentes vinculantes traria inúmeros benefícios na aplicação do direito penal e processual penal quanto, atuando, inclusive, como forma de garantia de direitos em um Estado Democrático.

No entanto, para se tornar possível uma boa atuação do jurisdicionado penalista brasileiro em relação à aplicação de precedentes vinculantes na esfera criminal, é preciso que o tema seja enfrentado pela doutrina e pelos próprios aplicadores do direito, uma vez que apenas aplicação supletiva do CPC não basta, sendo necessário o estabelecimento de limites e regras específicos para esse ramo do direito.

4. O IMPACTO DOS PRECEDENTES VINCULATIVOS NO PROCESSO PENAL

4.1 Aplicação dos precedentes pelo jurisdicionado brasileiro

Vivemos em um momento histórico no qual o poder judiciário ganhou grande relevância. Os novos mecanismos trazidos com o Código de Processo Civil de 2015, principalmente em relação aos precedentes vinculantes, nada mais são do que demonstrativos de tal força.

Assim como ocorreu no processo de formação das tradições romano-germânica e anglo-saxã, o momento político pelo qual a sociedade brasileira está passando possui influência direta em todo o contexto do novo ordenamento jurídico que está se estabelecendo.

Isso porque no mundo contemporâneo a evolução rápida das relações sociais torna o ambiente jurídico muito mais dinâmico e passível de alterações mais constantes, com a finalidade de alcançar o novo modelo de agir e pensar da sociedade.

Em virtude de tal dinamicidade, viu-se a necessidade de se estabelecer no país a metodologia dos precedentes vinculantes, exportado do *common law*, afinal, no contexto de crise dos poderes executivos e legislativo em que vivemos, o povo vem atribuindo grande prestígio ao judiciário, podendo-se dizer, inclusive, que a massa deposita sua maior crença nesse setor do Estado Democrático de Direito.

O que se observa com tal movimento assemelha-se ao acontecido na Inglaterra, em tempos de firmamento da tradição *common law*, na qual o judiciário era visto como o poder que pretendia atender os interesses do povo.

Evidentemente que não podemos dizer, pelo menos até o fim deste ano de 2017, que estamos em um Estado Absolutista como era o caso inglês. Contudo, a crise por nós enfrentada demonstra um cenário catastrófico, podendo-se dizer que, desde a redemocratização do Brasil, nunca se teve tanta rejeição a um governo⁸.

Tal fato, sem sombra de dúvidas, tem influência direta no prestígio que se está fornecendo ao poder judiciário, sendo correta a preocupação de alguns estudiosos com a inserção de precedentes obrigatórios ao ordenamento.

⁸ Segundo DATAFOLHA, “o governo do presidente Michel Temer (PMDB) é considerado ruim ou péssimo por 73% dos brasileiros, o que o torna o presidente com o índice mais alto de reprovação na série histórica do Datafolha que tem início com a redemocratização.” Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2017/10/1923635-teme-atinge-indice-mais-alto-de-reprovacao-desde-redemocratizacao.shtml>>

Ao se trazer o assunto para a esfera penal, muitos ainda enxergam com preocupação a ideia de precedentes judiciais vinculativos, temendo que o judiciário invada o espaço legislativo na criação e adequação de normas, usurpando assim sua função constitucionalmente estabelecida.

Já outros, fundamentam suas críticas ao fato dos precedentes vinculantes retirarem a autonomia do Juiz, ferindo o princípio do livre convencimento motivado previsto no artigo 155⁹ do Código de Processo Penal, uma vez que esses se veriam obrigados a seguir um entendimento firmado por tribunal superior.

Ocorre que, nenhuma das fundamentações críticas acima dispostas merece prosperar, pois o que se pretende com a criação de precedentes vinculantes, seguindo-se os pensamentos de Paiva (2013) é apenas uma maior segurança jurídica, baseada na unificação das decisões a fim de atender o maior interesse de todos: o interesse das partes no processo, do povo, do hipossuficiente, que muitas vezes acaba se vendo injustiçado pela falta de equidade de tratamento de uma mesma questão.

Em relação ao argumento de supressão da separação dos poderes, basta-se observar que na nova conjuntura organizacional da sociedade, tratando-se em particular do povo brasileiro, uma democracia representativa não basta, pois o próprio povo não tem dado credibilidade a seus representantes em nível legislativo.

Por isso, autores como Azevedo e Lima (2016) defendem a presença de uma democracia participativa, em conjunto com o modelo de democracia representativa, sendo que o judiciário, ao tratar de assuntos trazidos pelo próprio cidadão, acaba por tomar decisões vinculadas à vontade direta dos mesmos, demonstrada ao longo do processo.

Nesse contexto, de acordo com Azevedo e Lima (2016), seria o judiciário, apesar de carreira ingressante por concurso público, o poder responsável pela materialização das vontades da nação, estando legitimado a interpretar e vincular tal interpretação ao ordenamento posto.

Por outro lado, a forma como vem sendo hoje aplicados os precedentes pelo jurisdicionado brasileiro é que deveria ser preocupante, pois o que ocorre de fato é uma total desordem, uma vez que, salvo as súmulas vinculantes do STF, todas as demais decisões, jurisprudências e súmulas possuem apenas efeito persuasivo.

⁹ Art. 155 do CPP: O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Esse efeito persuasivo nada mais é do que uma espécie de direcionamento, que pode ou não ser seguido pelo magistrado, de acordo com seu entendimento. Nesse ponto poderiam alguns dizer que, é necessário que assim seja, afinal existe o princípio do “livre convencimento motivado”, porém esquecem-se que também existem os princípios da segurança jurídica e da igualdade, nas palavras de Caio Cezar de Figueiredo Paiva:

Este pensamento, de sobrelevar excessivamente a independência (do juiz) em detrimento de outros direitos tão ou mais importantes (do cidadão) – igualdade e segurança jurídica, por exemplo –, oferece, porém, dois perigos: o primeiro, de natureza estratégica, que acaba, conforme se verá adiante, por se tornar autofágico; e o segundo, mais grave, de natureza teórica, mas também com imensa repercussão prática, que está a impedir um avanço considerável da doutrina penal.

Cuido primeiro, brevemente, do problema estratégico.

Não há a menor dúvida de que o juiz deve ser independente para decidir, mas daí a permiti-lo simplesmente desconsiderar o que os Tribunais Superiores entendem sobre a matéria em questão vai uma enorme distância. Primeiro, porque o juiz não decide “para si” e, por isso, obrigar o réu ou o Ministério Público a interpor o recurso tão somente para que os Tribunais Superiores reiterem uma jurisprudência já consolidada, contraria qualquer percepção da realidade. E segundo, principalmente, porque ao se proclamar a independência judicial (absoluta), idealiza-se um juiz bom, que sempre decidirá conforme a Constituição Federal e os direitos e garantias fundamentais.

[...]

Estrategicamente falho esse discurso, o seu acolhimento também implica, conforme já antecipado, noutro problema mais grave ainda, qual seja aquele de ordem teórica, mas que vai contribuir para inúmeras complicações práticas. Refiro-me ao fato de que a doutrina penal ainda não acordou para a importância da jurisprudência na atualidade, estando órfã, aliás, de uma teoria que estude a aplicação dos precedentes penais: estabilização, superação, vinculação, eficácia temporal etc. Não há prática inteligente sem teoria. (PAIVA, 2016, p.8)

Dessa forma, ao se analisar o meio prático de aplicação do direito pelo judiciário o que se percebe é uma alta desigualdade nas decisões, gerando insegurança jurídica, que pode acabar agravada com o prestígio exacerbado que se tem dado ao jurisdicionado, se esse não for contido e permanecer na crença de que a liberdade do juiz se confunde com o não seguimento do posicionamento firmado por um precedente.

Outrossim, o que precisa ser entendido, de uma vez por todas, é que existem meios capazes de diferenciar aqueles precedentes que possuirão efeitos vinculantes daqueles que permanecerão sendo usados apenas como forma persuasiva, todavia ainda é fundamental que tal assunto seja efetivamente debatido na esfera penal, para que se crie limites próprios desse ramo do direito em relação aos mecanismos direcionados à vinculação das decisões.

Ocorre que, poucos são os doutrinadores que enfrentam a matéria buscando estabelecer diretrizes para a aplicação prática dos precedentes no direito penal e processual penal. Hermes Zaneti Júnior (2016), em obra colaborativa realizada com Fredie Didier Jr,

denominada “Repercussões do novo CPC no Processo Penal”, busca no capítulo 16 da referida obra, estabelecer alguns marcos de aplicação da norma, porém faz-se necessário um maior debate do tema, com participação de outros doutrinadores para se construir um posicionamento sólido e bem fundamentado sobre o assunto.

Partindo-se do entendimento firmado por Zaneti, já se poderia dizer que a aplicação dos precedentes é possível em consonância com o modelo garantista, sendo necessário, contudo, observar a dupla função do direito penal em relação ao tema: pro futuro *in malam partem*, quando versar de assunto ligado à matéria estritamente penal e *tempus regit actum*, quando o tema estiver ligado ao processo penal, conforme já debatido em capítulo anterior.

Caso seja esse o raciocínio adotado pelo restante da doutrina e pelos aplicadores da norma, parece que encontra-se de acordo com o que se pretende em um Estado Democrático de Direito, uma vez que as garantias de benefício continuariam a ser empregadas ao réu e aquilo que lhe fosse maléfico não vincularia decisões futuras, apenas em matéria estritamente processual.

Por todas as razões expostas, não só se apresenta de forma positiva a aplicação dos precedentes vinculantes ao processo penal, como também existe uma necessidade de que tal mecanismo seja adotado nessa ramificação do direito, afinal a uniformização das decisões é um dos maiores desafios da atualidade.

4.2 Problemas da eficácia do efeito vinculante

De acordo com o estabelecido pelo preceito processual civil, advindo da tradição do *common law* em relação aos precedentes vinculantes, esses precisam obedecer à ordem hierárquica de instâncias judiciais, devendo ser aplicados verticalmente e horizontalmente, conforme já relatado.

Ao se trazer tal concepção para o ordenamento pátrio, entende-se que o STF e o STJ serão os órgãos julgadores responsáveis pela maior parte de decisões formuladoras de precedentes (os Tribunais de Justiça Estaduais e Tribunais Regionais Federais também terão tal prerrogativa, porém subordinados às decisões das Cortes a eles superiores), o que torna a responsabilidade dos mesmos muito maior acerca das decisões proferidas.

Diante do exposto, é preciso que ocorra uma melhor sistematização dentro dos Tribunais Superiores, que, no cenário atual, não apresentam sequer uma uniformidade de seus próprios entendimentos para a estabilização das decisões.

Tendo em vista que, muitas vezes as decisões dos próprios órgãos superiores não se encontram uniformes, os tribunais a ele subordinados e, principalmente, os juízes de primeiro grau, se vêem desobrigados a seguir qualquer posicionamento que seja, utilizando-se das mais variadas jurisprudências, em sentidos diversos, para fundamentar suas decisões, pautando-se no princípio do livre convencimento motivado.

Um exemplo claro da falta de continuidade existente nos Tribunais Superiores foi a recente decisão proferida pelo STF no sentido de se permitir a execução provisória da pena após o trânsito em julgado em segunda instância¹⁰. Tal decisão modificou o entendimento até então pacificado desde 2009, no qual vetava a possibilidade de execução provisória da pena.

Ocorre que, pouco mais de um ano após mudar de posicionamento, o Supremo vêm, novamente, querendo reavaliar o tema¹¹, para retroagir no entendimento firmado em 2009.

Não poderia ser pior o contexto de insegurança jurídica, pois além de tratar de tema de relevância altíssima, uma vez que possibilita a prisão de alguém, a Corte Suprema Brasileira não consegue firmar um posicionamento consiso sobre o tema, deixando os órgãos jurisdicionados inferiores totalmente à mercê para aplicar aquilo que lhe parecer mais acertado.

O que se pretende demonstrar com o tema é a falta de comunicação mínima entre órgãos superiores e inferiores, que trazem um problema de níveis catastróficos ao ordenamento quanto a sua uniformização e segurança, fazendo com que ocorra decisões para todos os sentidos, em temas congruentes, o que é preocupante em todas as matérias de direito, mas especialmente em direito penal, onde os bens maiores tutelados são a liberdade e o bem estar de um indivíduo.

Tais fatores contribuem para uma crise da justiça, apresentada pelo autor Erik Navarro Wolkart (2015), já consolidada no país, com problemas em todos os níveis do sistema judiciário, relacionados a fatores qualitativos e quantitativos que se completam em um ciclo vicioso de má organização do referido sistema.

Segundo Wolkart (2015), o ciclo incia-se com o problema de estabilização das decisões e comunicação entre instâncias (sem contar a falha de comunicação dentro do mesmo jurisdicionado), é possível perceber que, com a ocorrência de muitas decisões

¹⁰ Decisão proferida em 17.02.2017 em relação ao HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO, tendo como relator o ministro Teori Zavascki.

¹¹ Notícia disponibilizada pelo boletim de notícias jurídicas online “Conjur”, no dia 08.08.2017, apresenta possibilidade de o Ministro do STF Gilmar Mendes alterar seu voto, estabelecido anteriormente como favorável à execução provisória da pena, o que inverteria o atual entendimento, por dar ao posicionamento contrário a maioria dos votos da casa. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-ago-08/stf-sinaliza-mudanca-posicao-execucao-antecipada-pena> >

disformes, aumenta-se a quantidade de recursos em relação às mesmas, ou seja, aumenta-se a demanda de processos.

Ao se aumentar o demandismo (problema quantitativo), a qualidade das decisões cai, uma vez que os magistrados precisam dar conta de um número maior de processos e, por essa razão, não observam o posicionamento de outros juízes e tribunais superiores, pois isso levaria a um gasto maior de tempo, que pode-se julgar desnecessário, tendo em vista a desnecessidade de tal observação no contexto atual.

O problema de unificação das decisões tornou-se tão sério que, em pesquisa coordenada pelo professor Thiago Bottino, desenvolvida pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-Rio) a pedido do Ministério da Justiça, verificou-se que, entre os anos de 2008 a 2012 o número de Habeas Corpus impetrados aos STF e STJ cresceu desenfreadamente, chegando-se ao número de 180 HC's por dia no STJ e 30 no STF.

Bottino demonstra que o estado campeão de impetrações foi São Paulo, detentor de 44% das demandas, explicando tal fator com a criação da Defensoria Pública no estado, que possibilitou o acesso à justiça da população de baixa renda, que muitas vezes se vê injustiçada por decisões judiciais errôneas mas não tinha como recorrer das mesmas.

A partir de tal avaliação o que se pretende demonstrar são os efeitos negativos da ausência de uma jurisprudência uniforme, que deveria ser estabelecida pelos Tribunais Superiores, porém estes só têm buscado subterfúgios para impedir o acesso de tantos recursos às suas respectivas cortes, sem tratar o problema em sua raiz, que é a falta de vinculação de decisões bem fundamentadas como precedentes judiciais.

4.3 Necessidade de enfrentamento do tema pelo processo penal

Para que se torne possível superar essa crise da Justiça, que acaba gerando uma crise de justiça para o cidadão (Wolkart, 2015), é preciso mudar a cultura brasileira relacionada ao poder judiciário, que deve buscar tomar decisões visando a garantia do Estado Democrático de Direito e, não apenas seus interesses escusos ligados a fatores políticos e até mesmo quantidade de trabalho.

A forma mais acertada de se vencer o problema é buscando uma fundamentação exauriente das decisões tomadas e criando a partir delas precedentes com força vinculante.

Com a vinculação das decisões, os juízes se verão obrigados a seguir aquilo que for estabelecido como precedente nos Tribunais Superiores (hierarquia vertical), não obstante, os

próprios Tribunais precisarão avaliar melhor seu julgamento, afinal eles também estarão vinculados ao que pacificarem como precedente vinculante (hierarquia horizontal).

Todavia, algumas diretrizes sobre a forma de aplicação dos precedentes em matéria penal e processual penal ainda precisa ser estabelecida, pois, apesar de o novo CPC tratar do tema até de forma basicamente didática, existem fatores que precisam ser tratados especificamente para a aplicação no âmbito criminal.

Outrossim, adequando-se o modelo garantista aplicado no direito penal a uma fundamentação das decisões judiciais, bem como observando toda norma já preestabelecida no ordenamento do *common law* para tornar um precedente vinculante, dúvidas não há de que a força dos precedentes vinculantes apenas trará benefícios para a aplicação do direito processual penal pelos membros do judiciário brasileiro.

Por fim, o que se observa diante de toda discussão projetada é que, com o advento do novo Código de Processo Civil, abriu-se as portas para uma aplicação dos precedentes vinculantes no ordenamento, podendo e devendo suplementar tal aplicação ao processo penal, desde que sejam feitas as adequações próprias voltadas para o modelo garantista, seguindo-se uma universalização da norma interpretada, para que todo o jurisdicionado possa segui-la, melhorando todo o sistema judicial brasileiro.

CONCLUSÃO

De acordo com a análise desenvolvida durante o presente trabalho, percebeu-se que a força dos precedentes trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, pautada nos ideais da tradição common law, vieram para estabelecer um novo modelo ao ordenamento brasileiro, que tornou-se efetivamente híbrido a partir de então.

É preciso entender que tal fator não se deu ao acaso, mas sim baseando-se no momento histórico em que vivemos, com uma maior valorização do poder judiciário em face do executivo e legislativo, levando-se ainda em consideração, a necessidade de acompanhamento das normas da dinamicidade das relações sociais.

Porém, faz-se necessária uma adequação do sistema judiciário, principalmente no tocante ao direito penal e processual penal para que a aplicação de precedentes vinculantes ocorra da forma como foi proposta, devendo-se haver uma ruptura com a cultura das decisões independentes e errônea interpretação da liberdade de convencimento do juiz.

Outrossim, os órgãos superiores, nas figuras do STJ e STF, precisam readequar sua forma de decidir, buscando estabilizar seus entendimentos, de maneira que, com um posicionamento firme e bem fundamentado, seja o mesmo disseminado aos órgãos inferiores na forma de precedentes vinculativos, objetivando uma total consonância na aplicação e interpretação da norma.

Ademais, se forem observados com cautela todos os aspectos próprios de garantias e liberdades individuais, os precedentes vinculantes não serão capazes de infringir a legalidade e a separação dos poderes, atuando inclusive, como garantidores dos mesmos, em uma ordem jurídica de apoio ao fortalecimento do direito já positivado.

Dessa forma, é possível afirmar que o sistema de precedentes vinculantes poderá fortalecer a aplicação justa do direito penal e processual penal, garantindo uma melhor isonomia das decisões, que, por consequência trarão uma maior segurança jurídica ao ordenamento de direito, pautando-se, sempre, na universalização dos temas a serem vinculando e nas garantias de um Estado Democrático de Direito.

Portanto, não há o que temer nas mudanças ocasionadas pelo novo Código de Processo Civil com repercussão na esfera penal, pelo menos no que diz respeito à aplicação dos precedentes vinculantes. Basta que se siga o direito positivado sobre o tema e que se analise e fundamente bem cada caso e decisão.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme. **Precedentes vinculantes vieram para ficar com o novo Código de Processo Civil**. Disponível em: < <http://vlex.com/vid/precedentes-vinculantes-vieram-ficar-651733477> > Acessado em: 20.09.2017;

AZEVEDO, Shase Costa de; LIMA, Rogério Montai de. **A commonlização dos processos brasileiros e os instrumentos de legitimação democrática do judiciário no novo CPC**. In: FÓRUM AMAZÔNICO DE DIREITO PROCESSUAL. N. 1., 2016, Rondônia-RO, *Anais do fórum amazônico de direito processual*, 1ªed, Itacaúnas, 2016, p. 30-46;

BOTTINO, Thiago. **Habeas Corpus: STF e STJ não comunicam bem sua jurisprudência a tribunais**. *Consultor Jurídico – ConJur*. Rio de Janeiro, 18/05/2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mai-18/entrevista-thiago-bottino-professor-direito-fgv-rio> >. Acessado em 14.10.2017.

BRASIL. **Código de Processo Civil** - Lei 13.105 de 16 de março 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm#art10> acessado em 20.09.2017

BRASIL. **Código de Processo Penal** - Lei 3.689 de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> acessado em 20.09.2017

COLE, Charles D. “*Precedente Judicial - A experiência americana*” - Revista de Processo, 2. “Doutrina Internacional” - REPRO 92; Ano 23; out-dez, 1998.

COUTINHO, Fabiana de Oliveira “*A “stare decisis” da common law: semelhanças no efeito vinculante brasileiro?*”; Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9535&revista_caderno=9. > acessado em 10.07.2016;

FEDATO, Matheus Arcangelo e GONÇALVES, Vinícius José Corrêa: “**As influências do Novo Código de Processo Civil no âmbito do Processo Penal: Reflexões e Comentários**”. Anais do VI Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito, Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP, 2016;

FOGAÇA, Marcos Vargas; FOGAÇA, Mateus Vargas. **Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo Código de Processo Civil**; Rev Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, pp. 509-533, jul/dez. 2015;

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; SALES, Maia Fernanda de Souza. **O processo Penal Brasileiro e os impactos provenientes do novo Código de Processo Civil**. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, Brasília, vol. 2 - n.01, p. 634-654, jan/jun, 2016;

GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. **O conceito de precedentes no novo CPC**. Disponível em: < <https://www.gaiojr.adv.br/astherlab/uploads/arquivos/artigos/O-CONCEITO-DE-PRECEDENTES-NO-NOVO-CPC.pdf> > acessado em: 20.9.2017;

NERI, Bianca Garcia; LIMA, Barbara Gaeta Dornellas de. **A força dos precedentes judiciais no Processo Penal: uma busca pela igualdade e segurança jurídica**. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, Brasília, vol. 2 - n.01, p. 634-654, jan/jun, 2016.

PAIVA, Caio Cezar de Figueiredo. **Por uma teoria dos precedentes penais: a jurisprudência a serviço da contenção do poder punitivo**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 21, n.246, maio-2013;

WOLKARKT, Erik Navarro. **Precedentes no Brasil e cultura** - um caminho tortuoso, mas, ainda assim, um caminho; Revista de Processo, vol. 23-2015, p. 409-433, maio/2015;

ZANETI JUNIOR, Hermes **O valor vinculante dos Precedentes** - Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes, 3 ed; Juspodium, 2017;

ZANETI JUNIOR, Hermes. **Aplicação Supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes Normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro in malam partem (matéria penal) e tempus refit actum (matéria processual penal) - Repercussões do novo CPC no Processo Penal**. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org.) Repercussões do novo CPC no Processo Penal. Vol. 13; Juspodium, 2016, p. 453-467;

_____. **O papel dos tribunais superiores e a importância dos precedentes no processo penal**. Disponível em: < http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=16148 >. Acessado em: 20.09.2017;

_____. **Os Precedentes Vinculantes e o novo CPC: O Futuro da liberdade interpretativa e do Processo de Criação do direito**. Disponível em: < https://www.academia.edu/23276593/OS_PRECEDENTES_VINCULANTES_E_O_NOVO_CPC_O_FUTURO_DA_LIBERDADE_INTERPRETATIVA_E_DO_PROCESSO_DE_CRIACAO_DO_DIREITO_THE_BINDING_PRECEDENT_AND_THE_NEW_CPC_THE_FUTURE_OF_FREEDOM_AND_INTERPRETATION_OF_CREATION_PROCESS_OF_LAW >. Acessado em: 20.09.2017;